

**Fabiana Marion Spengler  
Humberto Dalla Bernardina de Pinho  
(Organizadores)**

# **ACESSO À JUSTIÇA, JURISDIÇÃO (IN)EFICAZ E MEDIAÇÃO**

**A delimitação e a busca de  
outras estratégias na resolução de conflitos**

**Curitiba**  
 **MULTIDEIA**  
editora

**2013**

# Sumário

Mediation in Civil Matters in England.....	19
<i>Neil Andrews</i>	
El Acceso a la Justicia a Través de la Mediación: Algunas Novedades Legislativas en España.....	45
<i>Nuria Belloso Martín</i>	
A Mediação e a Conciliação Propostas pelo Projeto 8.046/2010 (Novo Código de Processo Civil Brasileiro - CPC) como Mecanismos Eficazes de Tratamento de Conflitos.....	85
<i>Fabiana Marion Spengler</i> <i>Theobaldo Spengler Netto</i>	
Justicia Restaurativa en Europa: Sus Orígenes, Evolución y la Directiva de la Unión Europea 2012/29 Sobre los Derechos, Apoyo y Protección de las Víctimas de Delitos .....	115
<i>Helena Soletó Muñoz</i>	
O Papel da Mediação no Século de Vocação da Jurisdição e no (Re)dimensionamento da Democratização do Processo Civil .....	153
<i>Humberto Dalla Bernardina de Pinho</i> <i>Michele Pedrosa Paumgarten</i>	
Notas sobre a Inclusão da Mediação Civil em Modelos de Justiça Clássicos e a Experiência Europeia.....	195
<i>Juliana Loss de Andrade</i>	

# Justicia Restaurativa en Europa: Sus Orígenes, Evolución y la Directiva de la Unión Europea 2012/29 Sobre los Derechos, Apoyo y Protección de las Víctimas de Delitos

*Helena Soleto Muñoz*

---

Profesora titular de Derecho procesal. Universidad  
Carlos III de Madrid. [helena.soleto@uc3m.es](mailto:helena.soleto@uc3m.es)

## **Sumario**

1. Génesis y modelos en Justicia Restaurativa; 1.1 Los factores de cambio en la Justicia Penal tradicional que provocan la génesis de la Justicia Restaurativa; 1.2 Modelos de justicia restaurativa; 1.3 Procedimientos de justicia restaurativa. 2. Aportaciones europeas al desarrollo de la justicia restaurativa; 2.1 Impulso jurídico y práctico desde el Consejo de Europa y la UE; 2.1.1 Las Recomendaciones del Consejo de Europa y el trabajo del CEPEJ; 2.1.2 La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012; 2.2 Experiencia comparada en otros países; 2.3 Actividad de organizaciones no gubernamentales. 3. Resistencias de los sistemas continentales a la justicia restaurativa y criterios en Justicia Restaurativa; 3.1 Resistencias de los sistemas a la Justicia Restaurativa; 3.1.1 Tendencia de aplicación de los principios del proceso y del procedimiento a la justicia restaurativa; 3.1.2 Tendencia a reglar de forma completa; 3.2 Criterios de aplicación en Justicia Restaurativa; 3.2.1 Adecuación del instrumento al conflicto; 3.2.2 Protección de los participantes, especialmente la víctima. 4. Conclusiones.

El nacimiento de la Justicia Restaurativa se atribuye a movimientos sociales y jurídicos en países del Norte de Europa y, sobre todo, en Canadá y Estados Unidos.

La mediación y la justicia restaurativa son corrientes de limitada eficacia en los países del sur de Europa, y concretamente en España, y en los últimos tiempos las aportaciones Europeas han sido cruciales para su desarrollo.

En este trabajo abordaré los inicios y modelos de Justicia Restaurativa, las aportaciones europeas al desarrollo de la JR, los factores que dificultan la asimilación de la JR en los sistemas continentales, y los principios que entiendo que han de informarla.

## **1 Génesis y Modelos en Justicia Restaurativa**

### **1.1 Los factores de cambio en la Justicia Penal tradicional que provocan la génesis de la Justicia Restaurativa**

Podemos resumir en cinco los factores que en el siglo XX han ido produciendo cambios a diferente nivel en los sistemas de Justicia Penal occidentales tradicionales y que han permitido la eclosión de elementos de Justicia Restaurativa en distintos países:

- a) Corrientes retributivas
- b) Corrientes de empoderamiento social
- c) Ineficacia y búsqueda de satisfacción con la Administración de Justicia
- d) Fines de reinserción
- e) Importancia de la víctima

#### **a) Corrientes retributivas**

El inicio de la justicia restaurativa se atribuye a corrientes iniciadas en los años 60 en Estados Unidos; por un lado, el sistema judicial tradicional se presentaba insuficiente para reparar a las víctimas económicamente, y, por otro lado, la sociedad reclamaba participación en asuntos como la justicia penal, que tradicionalmente se había delegado en el Estado.

Es de destacar que la participación de la víctima en el sistema anglosajón es procesalmente menos intensa (como es

sabido, la participación del acusador particular en el sistema español es característico y excepcional respecto del derecho comparado), sin embargo el interés por la víctima es más relevante en la práctica, probablemente por el fin reivindicativo que lo impregna.

En el sistema estadounidense, el interés por la víctima con fin retributivo que imperó inicialmente se relajó a mediados del siglo XIX, recuperándose a partir de los años 70 del siglo XX el concepto de restitución (TOBOLOWSKY, 2010, p. 153 y ss.), absolutamente relevante en los últimos años a partir del informe presidencial sobre la cuestión, President's Task Force Final Report, de 1982. Antes de este informe, sólo en 8 Estados se regulaba la necesaria restitución a la víctima como parte de la sentencia de condena. A partir de esta iniciativa, se produjeron múltiples cambios normativos a nivel federal y estatal recogiendo derechos de la víctima.

### **b) Corrientes de empoderamiento social**

También en los años 60 se desarrollaron en Estados Unidos nuevas formas de entender la convivencia y la vida en sociedad, resultando en iniciativas que promovían el empoderamiento de la sociedad y el desarrollo de programas en los que participen los ciudadanos en la Administración de Justicia.

Estos programas se basan en la creencia de que las partes en conflicto deben participar activamente en la resolución de ella y mitigar sus consecuencias negativas. También se basan, en algunos casos, en una voluntad de volver a la toma de decisiones locales y el desarrollo comunitario. Estos enfoques también son vistos como un medio para fomentar la expresión pacífica de los conflictos, promover la tolerancia y la integración, fomentar el respeto a la diversidad y promover las prácticas responsables de la comunidad.

Se han llevado a cabo así nuevas formas de Justicia Restaurativa que ofrecen a las comunidades nuevos medios de resolución de conflictos. En muchos países, la idea de la participación de la comunidad goza de un amplio consenso, y parece que las prácticas de justicia restaurativa pueden servir para

fortalecer la capacidad del sistema de justicia existente, sobre todo cuando existen componentes en la sociedad con muy diferentes condicionamientos culturales que afectan su visión de la justicia y su participación en ella, como puede ser el caso en Nueva Zelanda, donde el uso de círculos ha sido un avance importante.

Un reto fundamental para la justicia participativa es encontrar la manera de movilizar de manera efectiva la participación de la sociedad civil, garantizando al mismo tiempo la protección de los derechos e intereses de las víctimas y los delincuentes.

### **c) Ineficacia y búsqueda de satisfacción con la Administración de Justicia**

En muchos países, la insatisfacción y la frustración hacia el sistema formal de justicia han llevado a exigir respuestas alternativas a la delincuencia y el desorden social. La razón de esto es que no todos los conflictos son idénticos. Cada conflicto tiene sus propias características, las especialidades, el contexto, las razones, las partes, las emociones, y el fondo. Por lo tanto, cuando se trata de resolver un conflicto tal vez lo primero que debería estudiarse serían estos factores, con el fin de decidir cuál es la mejor forma de resolución

Es famosa la llamada conferencia Pound, “1976 National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, en la que el profesor Sander ofreció la idea de que se ha de posibilitar la forma de resolución más adecuada al conflicto, surgiendo el concepto del tribunal multipuertas, “multidoor courthouse”, en la que cada puerta sería una forma de resolución, tal como jurisdicción, mediación, arbitraje, evaluación de experto, etc. (SOLETO, 2011).

Surgieron entonces iniciativas que promovían la reparación, por una parte, e iniciativas que promovían la resolución del conflicto desde la comunidad. Ejemplos de las iniciativas reparatorias serían los paneles de reparación.

En relación con las actividades comunitarias, sigue siendo relevante el trabajo de los centros vecinales de justicia aus-

piciados por el grupo de trabajo de seguimiento de la conferencia Poun (IZUMI, 2004, p. 202 y ss.). Estos centros, que procesarían conflictos entre vecinos, familiares, o incluso conflictos civiles o penales menos graves serían centros comunitarios, creados por iniciativa social, y son llamados community centers o community boards. En la actualidad gran parte de la actividad mediadora tiene su origen en el envío de asuntos desde los tribunales.

#### **d) Fines de reinserción**

La justificación de muchos de los programas de mediación y justicia restaurativa se basa en gran medida en que el proceso de mediación ha de favorecer la reeducación del agresor, sobre todo cuando se trata de un menor, y por lo tanto ha de producirse una menor reincidencia que en los casos en los que no existe la mediación.

De varios estudios en Estados Unidos (SCHNEIDER, 1986, p. 553 y ss.) y Reino Unido se ha observado que los menores que han participado en un programa de mediación tienden a una menor reincidencia, y que las fórmulas mediadoras con participación conjunta de víctima y agresor tienen mejor resultado (UMBREIT; COATES; VOS, 2005, p. 455 y ss.).

Probablemente los estudios sobre reincidencia deben profundizarse y ampliarse, pues pueden existir otros factores que incidan sobre la distinta reincidencia, como la selección de los casos de mediación, ya que en general sólo se lleva a cabo la mediación cuando se observa una posibilidad de que el agresor sea capaz de asumir emocionalmente el daño realizado, entre otras circunstancias.

De acuerdo con el Handbook of Restorative Justice de Naciones Unidas, los programas de justicia restaurativa pueden ofrecer a los agresores una oportunidad de:

- Asumir la responsabilidad por la ofensa y entender los efectos de la ofensa en la víctima
- Expresar las emociones, incluso remordimiento, sobre la ofensa

- Recibir apoyo para reparar daño causado a la víctima o a un mismo y a la familia
- Corregir actitudes, restituir o reparar
- Mostrar arrepentimiento a las víctimas (“apologize” en el texto original, que podríamos traducir por pedir perdón en español, sin embargo no tiene el sentido de esperar el perdón de la víctima)
- Restaurar la relación con la víctima en caso de que sea apropiado
- Conseguir cerrar una etapa (“reach closure”)

### e) Importancia de la víctima

Las teorías generales penales y las subsiguientes estructuras de Justicia centran su atención en la infracción de la ley, prestando menor o ninguna atención a las cuestiones que atañen a las víctimas más allá de su situación procesal, como sus necesidades emocionales o económicas

En la mayoría de los sistemas penales, la víctima tiene derecho a una reparación económica, y muchas veces se permite su participación en el proceso, sin embargo dista mucho de tener el protagonismo que emocionalmente precisaría.

En países como Estados Unidos la víctima tiene diversos derechos (TOBOLOWSKY, 2010), como ser notificado de los procesos y sus resultados, estar presente en el proceso, ser escuchado en relación con la presentación de una acusación o su retirada, así como en relación con la negociación sobre conformidad, la sentencia y la suspensión del proceso. Además de estos derechos procesales, a partir del informe presidencial en los años 80 se generalizaron los sistemas que tienden a la restitución económica de la víctima.

En los sistemas occidentales se están generalizando los derechos de información, participación y protección de la víctima. En el ámbito de la Unión Europea, la Decisión Marco de 2001, a la que nos referimos más abajo, estableció el estatuto de la víctima, y la Directiva de octubre de 2012 viene a consolidar y reforzar este estatuto.



El siglo XXI está suponiendo en el ámbito de la Justicia penal, un intento de enfocar la forma de administrar justicia con una nueva lente, la de la víctima. Como decíamos, la justicia del siglo XX consigue la tan necesitada garantía de los derechos del acusado, que puede ver mermadas sus libertades fundamentales, a través del proceso debido. En el siglo XXI, esta cuestión se considera superada y se evoluciona hacia la obtención de una Justicia de mayor calidad, que tenga en cuenta también la situación de la víctima.

Expresiones de este nuevo enfoque son los textos que están proliferando a nivel internacional sobre la situación de la víctima, en general o bien respecto de determinados ilícitos especialmente trascendentes para la sociedad actual, como son el terrorismo, la violencia sobre menores o mujeres o personas vulnerables.

Así, Naciones Unidas ha desarrollado normativa y textos básicos en relación con la víctima en general, y también sobre la víctima de atentados terroristas, la víctima mujer, la víctima menor de edad, y, en general, la víctima en situación desvalida.

El Consejo de Europa ha desarrollado normativa como el Convenio Europeo de Compensación a las víctimas de crímenes violentos, los Convenios del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, contra tráfico de seres humanos, de protección a niños contra explotación y abuso sexual, y las Recomendaciones de 2006 sobre asistencia a víctimas de crímenes, de 2002 sobre protección de mujeres contra violencia, la Guía de protección de las víctimas de ataques terroristas, adoptada por el Comité de Ministros en marzo de 2005, y a través del Comité europeo de cooperación jurídica trabaja en la asimilación de la normativa por los Estados miembros.

La Unión Europea ha centrado su atención en las víctimas en el último decenio también, desarrollando el Libro verde de indemnización a las víctimas de delitos y la correspondiente Directiva de 2004, y, en el plano de su participación en el proceso, la Decisión de 2001, sustituida en octubre de 2012 por una Directiva más amplia sobre la misma cuestión.

La justicia restaurativa ofrece ventajas a las víctimas, como pueden ser, de acuerdo con el Handbook of Restorative Justice de Naciones Unidas, las posibilidades de:

- Participar directamente en la resolución de la situación y el establecimiento de las consecuencias de la ofensa
- Recibir contestaciones a sus preguntas sobre el crimen y el ofensor
- Expresarse sobre el impacto que les ha producido la ofensa
- Recibir restitución o reparación
- Recibir una disculpa
- Restaurar, cuando ello sea apropiado, una relación con el ofensor
- Conseguir cerrar una etapa.

## 1.2 Modelos de Justicia Restaurativa

Dependiendo de la relación del sistema de Justicia penal con los instrumentos de Justicia Restaurativa que se desarrollen en un Estado, podemos distinguir tres clases de sistemas (SOLETO, 2012):

- a) Sistemas complementarios a los Tribunales
- b) Iniciativas ajenas a la Justicia
- c) Sistemas alternativos al enjuiciamiento.

### a) Sistemas complementarios a los Tribunales

Los sistemas que clasificamos como “complementarios” a los Tribunales se corresponden con los sistemas penales más tradicionales, que eligen ligar los instrumentos de Justicia Restaurativa a los Tribunales. Se califican como programas conectados con los Tribunales, y los programas pueden pertenecer al sistema administrativo de justicia o no.

En estos sistemas, el desarrollo de un procedimiento de Justicia Restaurativa culminado con acuerdo de reparación puede producir ventajas procesales para el imputado o acusado, que se traducirán normalmente en una reducción de la cali-

ficación, de la pena, o su suspensión o sustitución<sup>1</sup>, e incluso beneficios penitenciarios.

El momento de derivación a la mediación por parte del órgano jurisdiccional puede ser muy variado dependiendo de los programas, siendo generalizada la idea de que cuanto antes se derive, mejor.

En países anglosajones en los que la JR se encuentra muy desarrollada, la derivación puede producirse, dependiendo de los programas, en diversos momentos, antes de la acusación, después de la acusación pero antes de la condena, posteriormente a la condena pero antes de la sentencia que contenga la pena, posterior a la sentencia y antes de la reintegración a la sociedad, y posterior al encarcelamiento y antes de la reintegración a la sociedad. Dependiendo del momento de la derivación, el órgano que la realiza será variable, la policía, la Fiscalía, el Tribunal, la autoridad penitenciaria...<sup>2</sup>

## **b) Sistemas alternativos al enjuiciamiento**

Existen programas que, en su relación con la Justicia Penal, suponen un auténtico sistema alternativo al enjuiciamiento, lo que lo estructura como verdadera forma alternativa de solución de conflictos.

En esta estructura, determinados delitos o delitos cometidos por personas de ciertas características (edad, etnia...) pueden ser trabajados en procedimientos de Justicia Restaurativa y no entrar en el sistema de Justicia penal.

En estos casos existe una auténtica derivación de los casos antes incluso de que pudieran tramitarse procesalmente, y se organizan en países de cultura anglosajona principalmente. Los Estados continentales visualizan esta forma de JR con reticencias, pues los sistemas de Justicia penal, pertenecientes al Estado, son fuertes y tradicionales.

---

<sup>1</sup> Véase la aportación de PERULERO, D. *Hacia un modelo de Justicia restaurativa: la mediación penal en Sobre la mediación penal*, Garcíandía y Soletto dirs., 2012.

<sup>2</sup> Vid. Handbook of Restorative Justice, ONU.

En Estados Unidos y países del norte de Europa este tipo de programas se realizan en algunos partidos con menores de edad, o en casos de robos en tiendas. La mayoría son gestionados por la policía o por entidades públicas, y excluyen ilícitos reincidentes.

En el caso de España, podría interpretarse que la mediación que se desarrolla en programas de menores pueden ser sistemas alternativos cuando se realiza en un momento inicial y se archiva el asunto, si bien entendemos que el sistema es fundamentalmente complementario y no alternativo.

### **c) Iniciativas ajenas al proceso y la ejecución**

Cada vez más existen iniciativas de Justicia Restaurativa que no tienen relevancia en el proceso y la ejecución, y que tienen una finalidad principalmente de restauración emocional.

Me estoy refiriendo a las actividades de JR que se pueden llevar a cabo con posterioridad a la condena, y que pueden tener o no relevancia en la situación administrativa del preso, como por ejemplo, el proceso restaurativo entre un agresor y un familiar de la víctima con el fin de pedir perdón por el daño causado.

También se podrían incluir aquí los procedimientos restaurativos entre personas que no desean que el sistema de Justicia inicie un procedimiento penal, como puede ser el caso de conflictos entre padres e hijos en los que los hijos son los agresores.

Por último, se incluirían aquí los procedimientos restaurativos que no tienen ninguna relevancia procesal pero que producen restauración emocional.

## **1.3 Procedimientos de justicia restaurativa**

Recogemos aquí una descripción de diferentes procedimientos de justicia restaurativa, que se van extendiendo en el uso en los últimos años<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Vid. Handbook of Restorative Justice, ONU.

Los procedimientos de Justicia Restaurativa más habitual en el ámbito penal y que tienen un estilo mediatorio, que sería aquel en el que un neutral interactúa con el agresor y otras personas, que pueden ser la víctima directa de la agresión u otras personas de la comunidad, utilizando técnicas de facilitación, son diversos, dependiendo de los participantes, el procedimiento de actuación y el objetivo.

### **a. VOM: mediación entre víctima y ofensor**

La victim-offender mediation es la forma más extendida de instrumento de justicia restaurativa. Evidentemente, participan el agresor, la víctima, y el mediador, y, a diferencia de la mediación civil, el diálogo es más importante que el acuerdo, y el objetivo es empoderar a la víctima, permitir la responsabilización del agresor y la reparación del daño producido (IZUMI, 2004, p. 195 y ss.).

La justificación de estos programas se basa en la restitución respecto de la víctima y la rehabilitación del agresor. Además, señala Izumi que el respaldo de las víctimas a la restitución como alternativa al encarcelamiento en delitos contra la propiedad, donde los índices de satisfacción para víctimas y ofensores son muy altos (IZUMI, 2004, p. 197). Este es el procedimiento restaurativo más extendido, también en España y los países de la Unión Europea.

### **b. Conferencia de grupo familiar**

La conferencia de grupo familiar o conferencia comunitaria es una forma de facilitación de estilo mediatorio en el que además del agresor y la víctima participan personas del entorno familiar, escolar y social. El proceso consiste en una facilitación en la que las personas van hablando sobre el daño producido y cómo se puede realizar la reparación.

Este tipo de conferencias se puede realizar en centros comunitarios, en colegios, e incluso en centros policiales o de protección de menores, y no tiene relevancia procesal, es decir, el asunto no ingresa en el sistema de justicia y los tribunales

no participan (IZUMI, 2004, p. 197). Este modelo tiene su origen en Nueva Zelanda, y es utilizado en Estados Unidos sobre todo en asuntos relativos a menores en acogida, y en general como forma de preparación de vistas con el juez en el ámbito no penal, aunque también en asuntos criminales menos graves, como robo en tiendas.

### **c. Círculos sentenciadores**

Los círculos sentenciadores son análogos a la conferencia de grupo pero con participación del órgano jurisdiccional; el tribunal hace el reenvío, monitoriza los casos y el cumplimiento de las reglas.

Los participantes pueden ser, como en el caso de la conferencia de grupo, del ámbito social de víctima y agresor, y se busca un consenso para entender lo que ha ocurrido y la forma de reparación.

Es incluso posible que el juez participe en el círculo, pero en principio su participación no es protagonista ni como facilitador. Su actividad se centra en plasmar en la sentencia el plan acordado, si bien puede participar más activamente cuando no se logra consenso.

Este modelo se utiliza en Estados Unidos en ilícitos realizados por menores, pero también por adultos, y es usado para todo tipo de delito, incluso contra la vida y la integridad sexual.

### **d. Paneles restaurativos**

Estos paneles son la respuesta comunitaria a la incompetencia del sistema público de producir la reparación a través del proceso.

En Estados Unidos, estos paneles o grupos se estructuran de forma diferente, si bien en general no incluyen a la víctima en sus reuniones con el agresor, y el agresor desempeña un papel de menor importancia. Es considerado el menos restaurativo de los procesos.

En general, una vez que el agresor asume la culpa en el proceso penal, el juez le ofrece acudir al panel de restauración,

que tras reunirse con él, discute con la víctima la reparación. El panel se forma con participación de ciudadanos.

Esta forma de complementación del sistema de justicia se ha calificado como la menos restaurativa, pues el enfoque se realiza en la reparación, y la participación de víctima y agresor es limitada, si bien dependiendo de cómo se lleve a cabo se pueden alcanzar varios de los fines restaurativos. Es una forma de organización análoga a los paneles para la libertad condicional.

El panel tiene amplia disponibilidad para establecer la reparación, que puede ser de carácter económico, pero que normalmente combina la restitución con medidas como trabajo para la comunidad, cartas para la víctima o petición de disculpas.

Habitualmente se realizan reuniones de seguimiento transcurridos unos 3 meses para controlar el cumplimiento de las medidas. Si se han cumplido, el panel felicita al agresor; si no, se reenvía el caso al juez para que determine la sentencia, que puede incluir prisión (IZUMI, 2004 p. 200 y ss.).

### **e. Mediación comunitaria**

Ya nos hemos referido a la eclosión de las formas de resolución alternativa de conflictos y de justicia restaurativa a partir de los años 70, y a la confluencia de las exigencias reparatorias y de empoderamiento social de los años 60.

Empezaron entonces a crearse centros comunitarios que trabajaban en los barrios y escuelas, ofreciendo formación en resolución de conflictos a escolares, profesores y voluntarios. Entre ellos destacan los Community boards de San Francisco.

El grupo de trabajo de seguimiento de la conferencia Pound recomendó que los centros comunitarios se desarrollaran para permitir una diversidad de métodos de procesamiento de conflictos y la interacción con los tribunales de justicia (TAMM; REARDON, 1981, p. 513).

Se calcula que existen cerca de 500 centros comunitarios de mediación en Estados Unidos, los cuales se financian por ayudas del Gobierno Federal, contratos con el Estado (por ejemplo, para facilitar cuestiones sobre niños en acogida, como

el Concord Center en Nebraska), con los tribunales, o directamente con usuarios de la mediación, además de por donaciones.

Los centros comunitarios realizan mediaciones y facilitaciones en ámbitos escolares y vecinales no conectados con los tribunales, pero también mediaciones y facilitaciones civiles y penales por reenvío de la corte.

## 2 Aportaciones Europeas al Desarrollo de la Justicia Restaurativa

Entiendo que podemos encontrar tres clases principales de “aportaciones” de Europa a la Justicia Restaurativa:

En primer lugar, **un impulso jurídico y práctico desde UE y el Consejo de Europa.**

En segundo lugar, **las experiencias comparada en otros países.**

En tercer y último lugar, la **influencia de fuertes ONGs activistas**, el European Forum of Restorative Justice y el Grupo de Magistrados Europeos para la Mediación.

### 2.1 Impulso jurídico y práctico desde el Consejo de Europa y la UE

Entre la normativa regional, la Recomendación 99 (19) del Consejo de Europa sobre mediación penal y el posterior trabajo de estudio y apoyo del CEPEJ ha producido uno de los pilares que sustentan activamente la justicia restaurativa a través de la mediación, y que se está desarrollando en la normativa de la UE.

La Justicia Restaurativa es además un objetivo de financiación de la Comisión Europea en el ámbito de la Dirección de Justicia, y por ello en los últimos 10 años se están financiando numerosas acciones vinculadas a mediación o a Justicia restaurativa. Como política.

Son especialmente relevantes las iniciativas a nivel de la Unión Europea, además de los textos promovidos por Naciones Unidas, que probablemente son el fruto de experiencias inter-



nacionales más extensas, como las de Estados Unidos y Nueva Zelanda y Australia, y que ofrecen un enfoque más flexible y amplio.

Entre los textos de la ONU, es fruto de resoluciones anteriores y de la Declaración de Viena la Resolución 2002/12 de 24 de julio de 2002 del plenario n°. 37, titulada “Principios básicos del uso de programas de justicia restaurativa en asuntos penales”. En esta Resolución se describen los conceptos básicos de la Justicia Restaurativa de una forma muy acertada y flexible, y se enumeran los principios de uso de la misma forma, estableciendo unas líneas de trabajo que permiten la desviación del criterio general cuando se considere apropiado, garantizando, en todo caso, los derechos establecidos por las normativas nacionales en relación con la víctima y el ofensor

### **2.1.1 Las Recomendaciones del Consejo de Europa y el trabajo del CEPEJ**

Como señala Perulero, varias Recomendaciones del Consejo de Europa instan a los Estados a introducir medidas específicas de reparación e incluso a desarrollar sistemas de mediación penal<sup>4</sup>.

Desde los años 80 el Consejo de Europa emite Recomendaciones insistiendo en la relevancia de la víctima en el proceso penal, como la núm. R. (85) 11, la R (87) 18 , la R. (87) 21, la R (87) 20, la R (88) 6, la R (92) 16, la R (95) 12, la R (98) 1, y en los últimos años, la R (2006) 8, que sustituye a la R (87) 21, pero es en la Recomendación núm. R (99) 19 de 15 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal, en la que se ha pretendido impulsar la mediación en este ámbito entre los Estados miembros.

En la Recomendación se promueve que los Estados miembros se basen en los principios enumerados en el Anexo a la Recomendación para desarrollar la mediación penal, que

---

<sup>4</sup> PERULERO, Hacia un modelo de Justicia Restaurativa: Mediación penal, así como ROMERA, C., Principios y modelo de mediación en el ámbito penal en Sobre la mediación penal, Garcíandía y Soletto dirs., 2012.

incluye 34 guías o principios que servirían de guía para los Estados de muy variada finalidad; principios generales de mediación, obligaciones éticas del mediador, garantías de protección de la víctima, calidad de la mediación...

El Consejo de Europa, a través del CEPEJ, la comisión para la eficacia de la justicia, ha realizado un seguimiento importante del grado de implantación de la Recomendación (99) 19, y fruto de ello ha publicado varios documentos, entre los que destacan un Análisis del impacto de las Recomendaciones y una Guía para la mejor implementación de la Recomendación sobre mediación penal.

El contenido del informe sobre el impacto de las Recomendaciones sobre mediación CEPEJ (2007) 12 es muy negativo: la mayoría de los Estados no responden a los cuestionarios, y la información es muy limitada. Como conclusión principal respecto de la Recomendación sobre mediación penal, se destaca la poca repercusión de la Recomendación, y la situación general de desconfianza y desconocimiento de ciudadanos, usuarios de la justicia y, sobre todo, de los jueces.

La guía para la mejor implementación de la Recomendación sobre mediación penal, CEPEJ (2007) 13, establece criterios en torno a tres conceptos: disponibilidad, accesibilidad y conocimiento.

En relación con la disponibilidad, se aborda el respaldo de los proyectos de mediación por los Estados, el papel de los jueces y fiscales, así como el de otras autoridades y ONGs, de los abogados, cuyos códigos de conducta deben incluir la obligación o la recomendación de sugerir a sus clientes la mediación, la calidad de los sistemas de mediación, la cualificación de los mediadores, entre otras cuestiones.

En cuanto a la accesibilidad, se apunta que la mediación no debe usarse si hay riesgo de que suponga una desventaja para alguna de las partes, entre otras cuestiones, como el coste de la mediación, que debe ser gratuita.

Por último, en lo que toca el conocimiento de la mediación, se señala la necesidad de extender el conocimiento de la mediación para el público general, para las víctimas y ofensores, la policía, los magistrados y fiscales, abogados y trabajadores sociales.

En el año 2012 ha sido publicado un Informe sobre la Calidad de la Justicia (con datos de 2010), en el que se recoge un capítulo sobre mediación, y donde se puede observar la deficiencia de los datos (por ejemplo, no existen datos de España o Alemania), y la poca relevancia en números de la mediación penal. Sólo Bélgica, Países Bajos y Polonia ofrecen cifras, pero evidentemente la realidad es muy diferente, ya que otros países también tienen una situación de mediación desarrollada.

### 2.1.2 La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012

En cuanto a la Unión Europea, desde 2001 tenemos una normativa relevante que hace referencia a la mediación penal, en la Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), concretamente el artículo 10:

Mediación penal en el marco del proceso penal

1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida.
2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.

Esta regulación, muy breve, ha sido recientemente sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

Artículo 12 de la Directiva de 2012<sup>5</sup>:

---

<sup>5</sup> Proyecto de Directiva. Art. 11. 1. Los Estados miembros establecerán normas para proteger a la víctima de intimidación o victimización adicional, que se aplicarán cuando se faciliten mediación u otros servicios de justicia reparadora. Estas normas deben incluir, como mínimo, lo siguiente:

Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora

1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

- a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento;
- b) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;
- c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;
- d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;

---

a) solo se recurre a los servicios de mediación y justicia reparadora si redundan en interés de la víctima y se basan en el consentimiento libre e informado; dicho consentimiento podrá retirarse en cualquier momento;

b) antes de que acepte participar en el proceso, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;

c) la persona sospechosa o acusada o el infractor habrá de haber reconocido su responsabilidad por su actuación;

d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y deberá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;

e) las conversaciones en mediación u otros procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional como consecuencia de un interés público de primer orden.

2. Los Estados miembros facilitarán la remisión de casos a los servicios de mediación u otros servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de protocolos sobre las condiciones de la remisión."

e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación.

La redacción de la propuesta de Directiva no fue acogida favorablemente en el mundo de los prácticos y estudiosos de la Justicia Restaurativa<sup>6</sup>, precisamente por establecer obstáculos al desarrollo de la justicia restaurativa, por introducir algún elemento distorsionador y por estar teñida de desconfianza hacia la institución.

Tras una laboriosa elaboración de la Directiva, la redacción final ha mejorado pero se puede criticar aún en cuanto parece excluir la justicia restaurativa para los casos en los que no quiera participar la víctima.

### **Justicia restaurativa *versus* mediación penal**

El proyecto de Directiva de 2011, y tal como se hacía en la Decisión marco de 2001, se refería en el artículo 11 a la mediación expresamente en el título "*Derecho a garantías en el contexto de mediación y otros servicios de justicia reparadora*", pasando, en la redacción final, a eliminarse esta referencia, dejando la más genérica a la justicia restaurativa, y ya en el artículo 12 "*Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora*".

Se han realizado varias modificaciones en el mismo sentido, para hacer referencia a la justicia restaurativa en general, como en el apartado 2 del citado artículo, lo que afirma la idea de trabajo sobre justicia restaurativa como un ámbito más amplio y asentado que la mediación.

---

<sup>6</sup> Vid. en este sentido las manifestaciones del Foro europeo de justicia restaurativa en [www.euroforumrj.org](http://www.euroforumrj.org).

## Medidas *versus* normas

La dicción de la Directiva mejora la redacción del proyecto, al no disponerse, en el apartado 1, que no sean normas, como señalaba el proyecto, sino medidas, las que garanticen la situación de la víctima, por una parte, y, se hace incapié en la importancia de la calidad de los servicios de justicia reparadora.

Posiblemente, el cambio de enfoque que supone la Directiva de 2012 respecto a la de 2001, que se podría decir de corte más promotor, puede deberse a que podría considerarse que la decisión de 2001 está superada, y que los Estados no precisan de normativa europea que fomente la mediación, y que la normativa de la segunda década del siglo ha de dedicarse a concretar aspectos procesales o procedimentales de la mediación.

Sin embargo, la realidad actual no apoya esta argumentación, ya que, por una parte, sólo en algunos países se ha consolidado la mediación penal, y, por otra, la normativa pormenorizada sobre mediación puede suponer un obstáculo a su desarrollo.

Descender al detalle en una normativa marco como es una Directiva para algo tan flexible como ha de ser la mediación o la justicia restaurativa no es lo más adecuado, pues cada Estado, e incluso, cada Tribunal o Partido judicial deberá desarrollar concretamente el entorno jurídico, ético y práctico de la mediación. Los detalles relativos al procedimiento de mediación deben adaptarse a cada necesidad estructural y ofrecer agilidad para una posible readaptación a las circunstancias.

No es una cuestión baladí la sustitución en la tramitación de la Directiva de los términos “establecerán normas” por “adoptarán medidas”. La dicción anterior suponía una necesaria actividad normativa por parte de los Estados, que es contraria al espíritu y objetivo de la justicia restaurativa, que no tiene por qué limitarse por normas, ya que ha de poder adaptarse a las necesidades de cada ámbito, caso y momento. En general, en los países con más y mayor experiencia en justicia restaurativa la regulación a través de normas es escasa, mientras que en los menos avezados es más amplia cuando ocurre, por lo que es un gran éxito para el buen desarrollo de la justicia restaurativa la dicción final de la Directiva.

La misma idea ha llevado al cambio del proyecto en el apartado 2 del artículo 12, haciéndose referencia finalmente al establecimiento de “procedimientos u orientaciones” para facilitar la derivación.

### **La participación de la víctima en el proceso de justicia restaurativa**

Parece que el apartado 1.a) establece como elemento necesario la participación de la víctima en el proceso de justicia restaurativa. Esta exclusión se articula a través de la necesidad del consentimiento de la víctima, que puede ser retirado en cualquier momento del proceso, con las consecuencias, imaginamos, de interrumpir e impedir la mediación o proceso restaurativo.

Esta limitación, si bien puede tener cierto sentido a bote pronto, no se justifica si se considera que en algunas ocasiones la actitud de la víctima no permite su participación constructiva en el proceso de mediación, o, por ejemplo, en caso de no existir una víctima concreta, el agresor se vería privado de la posibilidad de obtener los beneficios personales y procesales que provocaran el acuerdo de mediación.

En la práctica, en muchos programas de mediación se sigue con la mediación cuando se observa que ello es beneficioso para el agresor y que la no participación de la víctima obedece a cuestiones no trascendentes para el proceso de mediación; por ejemplo, tiene miedo y no quiere tener ninguna relación con el agresor, o no quiere tener contacto con el asunto, etc. Nos referíamos también a la ausencia de víctima concreta, por ejemplo, en delitos relacionados con el tráfico de drogas, u otros delitos en los que no exista o no se encuentre disponible la víctima (por vivir en otro partido, Estado, etc.). En estos casos, es muy habitual la continuación de la mediación o del proceso restaurativo con la participación de un “subrogado”, es decir, una persona que sustituye la posición de la víctima en el proceso restaurativo. También, para el caso de que se haya iniciado la mediación y la víctima no quiera participar más, se puede seguir el procedimiento con las personas participantes

que se considere por parte del mediador, e informar a la víctima de las cuestiones que acuerde con el mediador.

Parece que la Directiva va más allá de su función ideal, y que aborda cuestiones que han de decidirse y regularse en su caso por otros operadores, como los propios Estados, o incluso los tribunales, organizaciones de mediadores, etc. Excluir cuestiones de la mediación es negativo para su desarrollo, pues en la práctica el caso es evaluado en distintos momentos por distintos operadores y la cuestión de la adecuación del método de resolución de conflictos al caso se ha de mantener durante todo el proceso.

La Directiva regula la situación de la víctima en la Justicia Restaurativa, pero también se puede desarrollar y regular la Justicia Restaurativa cuando no participe la víctima, como los casos a los que nos referíamos. Sin embargo, la dicción de la Directiva puede ser asumida por los Estados como una regulación absoluta de la Justicia Restaurativa, sobre todo en aquellos con menos conocimiento y experiencia en este campo.

### **El reconocimiento de los hechos**

En el apartado c del artículo 12 de la Directiva se apunta que “el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso”. Esta cuestión ha supuesto mucho debate en la tramitación de la Directiva, pues una exigencia fuerte de reconocimiento que se extendiera a los hechos y el componente volitivo, o incluso a la pena que se pudiera imponer podría impedir el desarrollo de muchos procesos restaurativos.

La letra del proyecto de Directiva era muy exigente en este sentido, al señalarse que “la persona sospechosa o acusada o el infractor habrá de haber reconocido su responsabilidad por su actuación”.

En general, la mayoría de los programas de justicia restaurativa exigen un principio de reconocimiento de hechos para el inicio del proceso, y normalmente un procedimiento finalizado con éxito supone que el infractor reconozca su responsabilidad durante el proceso o en el acta de reparación, por lo que la dicción de la Directiva es mucho más acertada que lo



era el proyecto, y amplía el ámbito de posibles casos susceptibles de iniciar un proceso de Justicia Restaurativa.

### **Voluntariedad y confidencialidad versus cosa juzgada**

De acuerdo con los apartados d y e, los acuerdos se alcanzan voluntariamente y que pueden llegar a vincular en otros procesos, mientras que los debates serán confidenciales salvo excepciones de interés público recogidos normativamente.

Parece que el acuerdo de mediación no se encuentra protegido por la confidencialidad que impera en las sesiones de mediación, cuestión razonable si tenemos en cuenta los tintes de interés público en la cuestión que nos aleja del ámbito de disposición que permite en el ámbito privado extender la confidencialidad al acuerdo o incluso al hecho de haberse llegado a un acuerdo.

La posible vinculación del acuerdo en otros procesos no ha de entenderse como un efecto *ex legem* de cosa juzgada, sino que simplemente establece la no confidencialidad de su existencia y contenido para otros posibles procesos, teniendo en cada caso el valor que en cada Estado se otorguen en las circunstancias concretas, ya sea testimonio de coimputados, testifical, confesión... de acuerdo con las exigencias de los distintos ordenamientos y jurisprudencias.

### **Adecuación del caso versus generalidad**

En el apartado 2 del artículo 12 se ha introducido en la redacción final la referencia a la derivación “si procede” de los casos, cristalizando la idea de adecuación del caso al proceso de justicia restaurativa, alejándonos del automatismo tradicional con el que opera el proceso penal, cuestión a la que nos referimos en un apartado posterior.

## **2.2 Experiencia comparada en otros países**

En Europa tenemos una gran variabilidad en cuanto al desarrollo de la Justicia Restaurativa; entre los países del nor-

te de Europa encontramos experiencias pioneras en el mundo en los años 70, como Noruega; otros, como Reino Unido, que tienen en marcha muchos programas; los países centroeuropeos han trabajado en los últimos tiempos la Justicia Restaurativa con buenos resultados, y, por último, los países del sur de Europa son aquellos en los que se aprecia mayor resistencia a la entrada de programas de mediación o de Justicia Restaurativa, y en general no se norman convenientemente los elementos básicos, tendiendo en ocasiones a la supernormación.

En cuanto al pionero, Noruega, la mediación entre víctima y agresor se ha desarrollado desde los años 70, primero con jóvenes, y posteriormente se incorporaron a los programas casos con adultos. Como en la mayoría de los países, el Fiscal es el controlador del sistema, y para que se inicie un proceso restaurativo debe haber fuerte elemento probatorio de culpabilidad.

Desde 1991 se ha regulado la Justicia Restaurativa en el código procesal, y en otras normas más flexibles como circulares de la Fiscalía General, y guías orientativas que explican a los operadores jurídicos cuáles son los delitos más adecuados para intentar la mediación, como el robo, o el vandalismo<sup>7</sup>.

Reino Unido también es de los países que más pronto han iniciado pilotos, que datan de 1979. En RU existe diversidad de programas y herramientas de JR, una multiplicidad de proyectos de Justicia Restaurativa, mucho más amplia que en los demás países. Existen proyectos desarrollados incluso desde el Ministerio del Interior, y se incluyen programas de diversión del conflicto penal, aunque también de derivación y reintegración<sup>8</sup>. Se puede observar la consagración de la voluntad no regulatoria de este país, que probablemente es que mejor ha entendido y desarrollado la Justicia Restaurativa en Europa.

---

<sup>7</sup> Vid. información relativa a Justicia Restaurativa en países de norte y centro Europa en el documento *European Best Practices of Restorative Justice in the Criminal Procedure*, 2010,

<sup>8</sup> Vid. el interesante trabajo de MONTESINOS en *La mediación penal para adultos*, Barona Vilar dir., relativo a la mediación en Reino Unido, así como *Sobre la mediación penal*, Garciandía y Soletto dirs., y el documento del CEPEJ *CEPEJ-GT-MED(2007)6 Restorative Justice: the Government's strategy: Contribution by the United Kingdom*.

Francia inició en los años 80 prácticas de mediación, con una ley de 1993 que regula la mediación y una ley de 2004 impulsa más.

En Bélgica se iniciaron en los 70 programas con menores, aunque no exista regulación expresa. La mediación entre víctima y agresor se reguló desde 1994, y para ello el fiscal y el tribunal pueden derivar respecto de todos los ilícitos. En el caso belga, la mediación es posible incluso en fase policial, con control del fiscal, estableciéndose entonces como una verdadera alternativa al proceso. Para la mediación vinculada a los tribunales, controlan el sistema un juez de enlace, un asesor especial y un gestor procesal.

El desarrollo de la Justicia Restaurativa en Bélgica es un modelo para el resto de los países continentales.

En Alemania la mediación entre víctima y agresor se inició en 1984 con jóvenes agresores y en casos menos graves, y en la actualidad se encuentra bien desarrollado, pero los operadores señalan la poca confianza de los fiscales en ella.

En Austria, el inicio de proyectos piloto data de 1980 con jóvenes, ampliándose en los 90 con adultos, regulándose formalmente en 1999 para delitos con menos de 5 años de prisión.

## 2.3 Actividad de organizaciones no gubernamentales

Existen dos ONGs de ámbito europeo cuya actividad ha coadyuvado al desarrollo de la mediación y la justicia restaurativa, favoreciendo la transmisión del conocimiento, el apoyo a los nuevos proyectos y la influencia en las normativas y prácticas nacionales.

GEMME es el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación <http://www.gemme.eu/>, está formado principalmente por jueces y fiscales, y sus objetivos son el estudio de sistemas de mediación, compartir experiencias entre jueces y fomentar iniciativas de investigación y difusión.

La mayoría de los países europeos tienen una sección de GEMME, que en muchas ocasiones ha sido el motor principal del desarrollo de la mediación en dichos países. Éste ha sido el

caso de la sección española de GEMME, que a su vez se ha establecido como asociación nacional. Magistrados como Pascual Ortuño, Rosa Freire, Ana Carrascosa, Mercedes Caso, Isabel Tomas, Raquel Alastruey, Teresa Martín, Agustín Azparren o Pilar González entre otros, han realizado una labor de difusión y apoyo a las distintas iniciativas de mediación que se han producido en España, y han participado activamente en ellas.

El European Forum of Restorative Justice<sup>9</sup> está formado por investigadores, prácticos, jueces, fiscales, y en general, los operadores que están en contacto con la justicia restaurativa. Esta organización, a diferencia de GEMME, está especializada en materia penal, desarrolla un alto nivel doctrinal y experimental y fomenta la difusión del conocimiento, la transmisión de experiencias y de iniciativas de investigación, formación y difusión.

De acuerdo con el European Forum of RJ, las necesidades en Justicia restaurativa son en la actualidad la educación de la sociedad para la aceptación de la JR, la generalización de la formación para Jueces y operadores jurídicos para la aceptación y su uso adecuado, el destino de recursos para desarrollar programas, la garantía de la calidad en el desarrollo de los programas y la ampliación del uso de instrumentos de JR más allá de la mediación.

### **3 Resistencias de los Sistemas Continentales a la Justicia Restaurativa y Criterios en Justicia Restaurativa**

La primera resistencia que se encuentra a la Justicia restaurativa se da por los que defienden que la justicia restaurativa no es un método correcto para tratar cuestiones de interés del Derecho Penal. Su principal argumento se basa en la idea de que el Estado es el titular del derecho de castigar, y por lo tanto es la única entidad con derecho a aplicar la ley penal. La razón es que el Estado debe garantizar la seguridad, y la actitud de la víctima no es una cuestión trascendente, habiendo el

---

<sup>9</sup> <http://www.euforumrj.org/>

Estado de castigar siempre que conozca que se ha cometido un delito.

En este enfoque, dejar la decisión en manos de la víctima es imposible, porque la imposición y ejecución de la pena son acciones que pertenecen al Estado por la necesidad de garantizar la seguridad, y para garantizar que ningún crimen quedará impune, o la posible “privatización de la justicia” que daría lugar a la impunidad de las personas con más recursos económicos, en resumen, la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Sin embargo, consideramos que estas opiniones desconocen elementos básicos de la Justicia Restaurativa.

Es evidente la importancia que cobra la víctima en la Justicia del siglo XXI, y en todo caso, la Justicia Restaurativa permite una mejoría respecto del proceso penal de la víctima sobre todo. Si los programas de Justicia Restaurativa se encuentran bien diseñados, en ningún caso permiten la privatización de la justicia en el sentido de que aquellos con mayor poder adquisitivo eviten las sanciones penales a cambio de indemnizaciones más altas, por el contrario, sólo una participación basada en la voluntad de reparación a la víctima de forma emocional principalmente es permitida.

### 3.1 Resistencias de los sistemas a la Justicia Restaurativa

Por otra parte, y ya superando esta primera visión excluyente, podemos agrupar en dos grandes bloques las resistencias de los operadores de la Justicia tradicional a la Justicia Restaurativa:

- La tendencia de los sistemas continentales a la aplicación de los principios del proceso y del procedimiento a la justicia restaurativa
- La tendencia a reglar lo concerniente a mediación y justicia restaurativa de forma exhaustiva o amplia.



### 3.1.1 Tendencia de aplicación de los principios del proceso y del procedimiento a la justicia restaurativa

Consideramos que existe una tendencia a aplicar los principios del proceso y del procedimiento a la Justicia restaurativa, como pueden ser el principio de legalidad, el principio de igualdad, el principio de bilateralidad y el derecho de defensa, y que esta tendencia es errónea.

Así, por ejemplo, algunos entienden que por aplicación del principio de legalidad el castigo de los ilícitos corresponde al Estado a través de los Tribunales de Justicia, y que no es posible la modificación de los elementos del proceso como consecuencia de actividades de Justicia Restaurativa, pues ello violaría el principio de legalidad.

Este argumento supone ignorar la práctica tanto de la Justicia penal como de la Justicia Restaurativa: por una parte, en la práctica, y por imposibilidad económica y por racionalidad, no se persiguen gran parte de ilícitos.

Por otra parte, existen mecanismos de flexibilización del proceso penal en casi todos los ordenamientos que permiten el uso de instrumentos restaurativos que puedan tener resonancia en el proceso incluso cuando no se regula expresamente ninguna figura de Justicia Restaurativa. En el caso concreto español, la conformidad, de importancia creciente en los últimos tiempos, acoge las tendencias anglosajonas a relativizar el principio de legalidad y sustituirlo por el de oportunidad reglada.

También se considera por algunos que la mediación o la justicia restaurativa exigen una bilateralidad que ha de suponer que si la víctima no consiente en su participación o no existe una víctima concreta, no es posible realizar la actividad.

Esta posición es contraria a la lógica y la práctica en muchos programas: en muchas ocasiones no existe víctima, o no quiere participar en el proceso de mediación por los motivos que sean, sin embargo existe un arrepentimiento y voluntad de reparar por parte del agresor, y muchos programas permiten que se realice la mediación o la figura restaurativa que se considere, a veces con la participación de una persona que actuaría como sustituto de la víctima. Otras veces, se desarrolla el proceso restaurativo con el facilitador y se comunica a la víctima el resultado. En otras ocasiones, el agresor de una víctima en concreto es desconocido o no se encuentra disponible y otros agresores de delitos análogos actúan como agresor sustituto en la mediación, con el fin de realizar actividades reparativas a personas distintas de sus propias víctimas pero que también han sufrido una agresión. Excluir múltiples asuntos para los que la Justicia Restaurativa sigue siendo un instrumento positivo por esta mala interpretación sería una lástima. En este sentido, el proyecto de Directiva sobre víctimas contiene un párrafo que desgraciadamente podría producir exclusiones.

También, interpretando el principio de igualdad, se considera que la justicia restaurativa ha de ser regulada con la configuración de un derecho, como una parte del proceso penal, y que todos deberían tener derecho de acceso a la justicia restaurativa, en todos los casos y en todo el territorio nacional.

Los instrumentos de Justicia Restaurativa han de ser considerados como elementos que se han de usar únicamente

cuando se den determinadas circunstancias, y no en todo caso: que, por ejemplo, exista un indicio fuerte de culpabilidad, como la flagrancia o la aceptación de los hechos, la voluntad de reparar, la falta de reincidencia... van a propiciar que se inicie un procedimiento restaurativo, y ello habrá de ser valorado en cada caso.

Además, la legislación de la justicia restaurativa como un derecho para todos en todos los partidos judiciales supone un absurdo por los motivos que hemos señalado anteriormente, pero también una cuestión de difícil aplicación práctica.

Una de las mayores ventajas de la Justicia Restaurativa es la adaptabilidad de sus procedimientos a las necesidades de cada entorno local, judicial, cultural, y la generalización del derecho de acceso a la JR puede chocar con ello.

Consideramos que es más apropiado que se regule la posibilidad de desarrollar instrumentos de JR y su eficacia en el proceso, y que, por otra parte, existan políticas encaminadas a promover la JR en todo el territorio nacional, ofreciendo a todos los ciudadanos la posibilidad de acceder a dichos instrumentos si se producen las circunstancias adecuadas.

Nos estamos refiriendo a una visión análoga a la del derecho a la tutela judicial efectiva: si, de acuerdo con el TC, los ciudadanos tienen derecho a una sentencia de fondo si concurren los presupuestos procesales, los ciudadanos tendrán derecho a participar en un proceso de JR si se dan las circunstancias adecuadas.

Por último, como resistencia a la JR, algunos entienden que por aplicación del derecho de defensa, y particularmente del derecho a no declarar contra sí mismo, la participación del acusado o imputado en un proceso restaurativo vulnera dicho derecho.

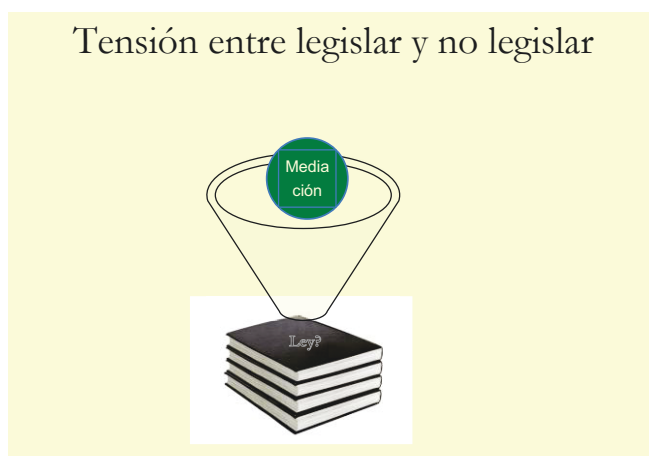
Evidentemente, si los procedimientos de JR se desarrollan sin respetar los derechos fundamentales de las partes, y, sobre todo del imputado o acusado, mal resultado darían. Por el contrario, en la práctica, los programas de JR exigen la concurrencia de fuertes indicios de culpabilidad, como son flagrancia, reconocimiento de hechos, defensa no basada en negación de hechos, agresiones cruzadas, etc. Además, todos los operadores



del procedimiento restaurativo y del Proceso penal en general van a controlar el respeto a los derechos fundamentales.

Es evidente, en todo caso, que el desarrollo de programas de JR ha de observar un especial cuidado en lo que a los derechos del imputado afectan, garantizando la confidencialidad a todos los niveles, incluso cuando el procedimiento de JR no tiene éxito, caso en el que se debería evitar el conocimiento de esta circunstancia por parte del Tribunal sentenciador.

### 3.1.2 Tendencia a reglar de forma completa



Se observa, al asimilar una nueva institución como es la mediación, en los sistemas jurídicos, una tendencia a regular las circunstancias de la justicia restaurativas de forma análoga a una norma jurídica. Así, por ejemplo, la tendencia de establecer definiciones, procedimientos, derechos, casos en los que se puede utilizar la mediación o la justicia restaurativa, casos en los que no se puede usar, produce una rigidez de los instrumentos de justicia restaurativa que pueden provocar su ineficacia.

Esta tendencia se puede explicar probablemente por el desconocimiento de la Justicia Restaurativa en general y por la visión jurídica que atribuye al principio de legalidad y de igualdad una posición principal en el ámbito de la Justicia penal.

Es habitual encontrar ordenamientos que excluyan la justicia restaurativa o la mediación para cuestiones graves como delitos, o los delitos más graves, o para casos en los que la víctima retire su participación, o en fase de ejecución. Esta exclusión puede ser razonable para algunos casos, pero habrá otros en los que la mediación u otro instrumento de justicia restaurativa sea la forma más adecuada de incidir en el conflicto.

Por el contrario, es mucho más adecuado establecer las formas de derivación y trabajo a través de otros instrumentos flexibles como protocolos o normas internas de los Juzgados o los servicios de justicia restaurativa en concreto, que permitan la adecuación a las circunstancias del entorno en el que se trabaje y al concreto caso, y que posibiliten la modificación en su caso de forma ágil.

Esta tensión es habitual en los sistemas continentales, mucho más tendentes a la superregulación de las instituciones con relevancia jurídica. Por el contrario, los sistemas anglosajones asumen la variabilidad y no regulación cerrada de los sistemas de justicia restaurativa en los distintos programas.

Es un grave error aplicar los parámetros de la justicia tradicional, los principios procesales y procedimentales del proceso a una actividad que es eminentemente de naturaleza diversa, y hacerlo puede significar la ineficacia o el abandono de los instrumentos restaurativos, e incluso la obtención de resultados negativos.

Por el contrario, consideramos que **a la Justicia restaurativa deberíamos aplicarle otra serie de principios en su relación con el proceso**, al conformarse de forma radicalmente diferente a la Justicia tradicional.

### 3.2 Criterios de aplicación en Justicia Restaurativa

Entendemos que los criterios de aplicación a la Justicia Restaurativa podrían englobarse en dos:

- Adecuación del instrumento al conflicto
- Protección de los participantes, especialmente la víctima.

### 3.2.1 Adecuación del instrumento al conflicto

El principio de adecuación del instrumento al conflicto, que se contrapondría al de el derecho a la mediación, es un principio básico que incluye a su vez el principio de protección de las partes.

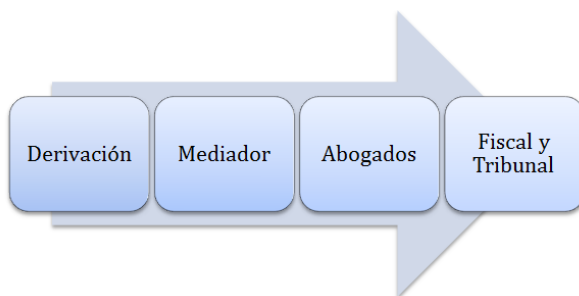
La protección de las partes, especialmente de la víctima, es un principio inspirador absoluto que supondrá la interrupción y finalización del procedimiento restaurativo cuando exista riesgo de victimización secundaria o de grave perjuicio para las partes.

A diferencia del derecho a la tutela judicial efectiva, y que puede suponer el derecho a una sentencia de fondo si concurren los presupuestos procesales, no se puede configurar un derecho a la mediación o a la justicia restaurativa de forma absoluta: de la misma forma que el derecho a la tutela judicial efectiva se garantiza cuando concurren los presupuestos procesales, las partes tendrán derecho a la mediación o a la participación en un procedimiento de justicia restaurativa cuando se den las circunstancias necesarias, que pasarán por que, existiendo un servicio que pueda asumir el asunto, se confirmen las circunstancias exigidas por el programa. Podemos señalar como circunstancias tenidas en cuenta por muchos programas las siguientes:

- Capacidad y actitud del agresor
- Buena fe y capacidad de asumir la responsabilidad, valorable por los distintos operadores, como son los miembros del tribunal que realizan la remisión, el mediador, los equipos psicosociales
- Capacidad y actitud de la víctima
- Adecuación del instrumento en sentido estricto
- No reincidencia
- Participación de las partes adecuada
- Participación de terceros
- Eficacia del instrumento en el conflicto.

### 3.2.2 Protección de los participantes, especialmente la víctima

En la práctica existen varios momentos en los que los operadores revisan la adecuación del procedimiento de mediación al conflicto. Describo aquí por ejemplo el sistema de control de muchos de los programas en España, en el que la mayoría se configura como un instrumento complementario a los Tribunales.



Momentos en los que los operadores jurídicos controlan la adecuación en la Mediación entre víctima y ofensor en los programas en España.

En primer lugar el envío o derivación a mediación de un caso no es en general automático cuando se trata de cuestiones penales; normalmente, los operadores judiciales, que podrán ser el Juez, el Secretario, personal de la oficina judicial, individual o conjuntamente, observan el cumplimiento de una serie de factores como apariencia de culpabilidad, como pueden ser la flagrancia o defensa no basada en negación de los hechos delictivos, la no reincidencia y actitud del agresor.

La cuestión de la apariencia de culpabilidad es problemática a efectos de defensa del imputado, por lo que en la mayoría de los programas se asumen casos de mediación o justicia restaurativa cuando exista flagrancia, o la defensa del imputado se base en otro criterio diferente a la no participación en los hechos punibles.

En la mayoría de los programas no se permite la participación en procedimientos de justicia restaurativa cuando el agresor es un delincuente habitual o es reincidente. Esto se justifica porque la forma de justicia restaurativa no se configura

como una forma de beneficio automático para el agresor, sino como una forma de restauración y reeducación del agresor, que normalmente no se puede conseguir con delincuentes habituales. Sin embargo, como ya señalaba anteriormente, la exclusión normativa de circunstancias como ésta puede excluir en la práctica el uso de la mediación u otra forma restaurativa para casos en los que los operadores valoraran muy positivamente su uso, por lo que es más adecuado establecer este tipo de criterios en documentos orientativos o protocolos para el desarrollo de la justicia restaurativa, generales o, mejor todavía, adecuados a cada partido judicial o Tribunal.

En segundo lugar, el propio mediador del ámbito penal lleva a cabo la función de protección de la víctima y control de la adecuación del procedimiento, teniendo en cuenta las circunstancias a las que nos hemos referido anteriormente, y principalmente la capacidad del acusado de asumir la responsabilidad y la no intencionalidad del acusado de dañar a la víctima.

En mediador realiza un control continuo de la viabilidad de la mediación u otro procedimiento restaurativo y la adecuación del procedimiento a las circunstancias. Así, si por ejemplo considera que el ofensor no tiene intención de empatizar con la víctima o de asumir la responsabilidad, puede dar por terminado el procedimiento sin resultado, y lo mismo puede hacer si considera que existe peligro de victimización de la víctima, o incluso si considera que la actitud de la víctima no es la adecuada.

Para los operadores jurídicos resulta difícil asumir una cesión de poder al mediador, que cumple un oficio o función nueva y extraño para la mayoría de los juristas.

En tercer lugar, el abogado de las partes ejercerá las funciones propias de protección de los intereses de sus representados, garantizando que la mediación y sus resultados se enmarquen en la legalidad y el respeto a los derechos de los participantes.

Por último, cuando el fiscal, abogado, juez u otro operador judicial, cuando incorporan al proceso el acta de reparación o acuerdo concreto, realizan un nuevo control de la adecuación de la mediación al asunto, y, sobre todo, de las consecuencias jurídicas del acta de reparación.

## 4 Conclusiones

El origen de la JR y su mayor desarrollo corresponde a los países anglosajones, principalmente Estados Unidos y Canadá, con el protagonismo en los últimos años de Nueva Zelanda y Reino Unido.

Las aportaciones internacionales y concretamente europeas están siendo decisivas para el desarrollo de la JR en los países europeos más resistentes al cambio, como son los países del sur de Europa.

El Consejo de Europa ha sido la organización internacional pionera en la promoción de la mediación en distintos ámbitos, incluido el penal, sin embargo sus esfuerzos no han tenido mucha relevancia en la práctica de los Estados. La Unión Europea, con su normativa referente a la víctima, está influyendo muy directamente en los Estados, sobre todo a través de instrumentos como la reciente Directiva de octubre de 2012, pero también con políticas de apoyo a investigación y a acciones en los Estados relativas a Justicia Restaurativa.

ONGs como GEMME o el European Forum for Restorative Justice son organizaciones que han participado y participan activamente en la difusión de la mediación y la JR, aproximando experiencias y conocimientos necesarios para su desarrollo.

En cuanto a la situación de la JR en los distintos países, podemos observar que en la mayoría de los casos los programas empezaron para delitos realizados por menores o juveniles, evolucionando para ir incluyendo programas con adultos.

La mayoría de los programas se derivan en la fase previa al juicio, y se observa una tendencia a ir derivándose también en la fase de juicio y de ejecución.

También se puede concluir que en los países en los que la mediación entre víctima y agresor (VOM) se consolida, se van introduciendo otras herramientas de justicia restaurativa y se va adquiriendo un mayor conocimiento de ésta por la doctrina, los operadores jurídicos e incluso por los ciudadanos. Entre estos países se encuentran Reino Unido, Noruega, Países Bajos y Bélgica.

Las resistencias de los países más conservadores jurídicamente, tales como España, a la relativa novedad de la me-

diación o la Justicia Restaurativa, se basan en la falta de difusión de los elementos básicos de esta materia.

Frente a la necesidad de regulación del proceso tradicional, y la aplicación de los principios tradicionales, en el ámbito de la Justicia Restaurativa es aplicable el principio de adecuación, flexibilidad, mínima regulación y protección de los participantes en el procedimiento restaurativo, sobre todo de la víctima.

## Bibliografía

CEPEJ. Restorative Justice: the Government's strategy: Contribution by the United Kingdom, 2007.

EUROPEAN Best Practices of Restorative Justice in the Criminal Procedure, 2010.

EUROPEAN Forum of Restorative Justice. En <<http://www.euforumrj.org/>>.

IZUMI. The use of ADR in criminal and juvenile delinquency cases. En *ADR for judges*, Washington, EEUU, 2004.

MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. The Handbook of Dispute Resolution, 2005. En <[http://books.google.com.br/books?id=Iz6YdL8hc2gC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbg\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=Iz6YdL8hc2gC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>.

SCHNEIDER, A. Restitution and recidivism rates of juvenile offenders: results from four experimental studies, *Criminology*, v. 24, n. 3, 1986.

SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos*. Madrid: Editorial Tecnos, 2011.

SOLETO. La justicia restaurativa como elemento complementario al sistema de justicia tradicional. En GARCÍANDÍA y SOLETO (dirs.). *Sobre la mediación penal*, 2012.

TAMM y REARDON, Warren E. Burger and the Administration of Justice, *Brigham Young University Law Review*, 1981.

TOBOLOWSKY, et al. *Crime victim rights and remedies*. North Carolina, EEUU, 2010.

UMBREIT, COATES; VOS; Victim offender mediation. En MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. *The Handbook of dispute resolution*, 2005.

